

# L'avvalimento tra giurisprudenza ed infrazioni comunitarie

di Claudio Guccione

Il contributo prende in considerazione l'istituto dell'avvalimento per come interpretato dalla giurisprudenza più recente, accennando anche alle novità contenute nello Schema di Regolamento Unico attuativo del Codice. Si affronta anzitutto il tema dei requisiti suscettibili di avvalimento, nella nota distinzione tra avvalimento di garanzia e avvalimento tecnico-operativo, per poi trattare della documentazione da produrre in fase di gara con particolare attenzione al contratto di avvalimento e al suo oggetto. Si considerano, inoltre, le diverse tipologie di requisiti oggetto di avvalimento (tra cui: fatturato specifico, esperienze professionali, attestazione SOA), il tema della sostituzione dell'ausiliaria che abbia reso false dichiarazioni ed anche le differenze che intercorrono tra subappalto ed avvalimento.

Da ultimo, si evidenziano quei limiti e divieti - in contrasto rispetto ai principi protoconcorrenziali eurounitari - che caratterizzano la nostra disciplina interna di riferimento, prestando il fianco a ripetute censure da parte dell'Unione europea, alle quali il nostro Legislatore, anche in occasione dell'ultimo intervento sul Codice dei contratti pubblici di cui al decreto "sblocca cantieri" con la sua legge di conversione, sembra continuare a mostrare resistenza.

## La genesi pretoria dell'avvalimento

L'avvalimento nasce nelle aule della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha progressivamente riconosciuto l'operatività dell'istituto, ampliandone la portata applicativa ma anche delineandone fin da subito i presupposti e le condizioni. A partire dalla controversia in cui è stato ritenuto ammissibile che una società capogruppo comprovasse il possesso delle capacità richieste per l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati tramite i requisiti dei propri consociati, a condizione che dimostrasse di disporre effettivamente dei mezzi necessari per eseguire il contratto (**CGUE 14 aprile 1994, C-382/92**), si è poi riconosciuta la configurabilità dell'istituto nell'ambito della partecipazione di imprese a procedure di gara, anche a prescindere dall'esistenza di legami societari (**CGUE 2 dicembre 1999, C-176/98**). Il Legislatore europeo ha trovato nelle direttive in materia di appalti del 2004 la prima occasione per positivizzare i principi elaborati in via giurisprudenziale (cfr. artt. 47, par. 2 e 48, par. 3, Dir. 2004/18/CE; art. 53, parr. 4 e 5, Dir. 2004/17/CE), trasposti poi a livello nazionale negli artt. 49 e 50 del previgente Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 163/2006. La disciplina dell'avvalimento è confluita ad oggi nell'art. 89 del nuovo Codice, D.Lgs. n. 50/2016, in recepimento delle direttive sui contratti pubblici di seconda generazione (Dir. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) che hanno sensibilmente ampliato la regolamentazione dell'istituto, rafforzando gli strumenti di verifica dell'effettivo possesso delle risorse oggetto di avvalimento.

## Le finalità perseguite

Come noto, infatti, l'istituto dell'avvalimento consente a un operatore economico (c.d. ausiliato) di sopperire alla carenza di determinati requisiti, necessari per la partecipazione ad una procedura di gara, ricorrendo a quelli di un altro soggetto detto "ausiliario". In questo senso esso rappresenta uno strumento volto a garantire i principi proto-concorrenziali di cui l'Unione europea si fa portatrice, assicurando l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile (**Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243**). Si persegue, infatti, la finalità di ampliare la platea dei possibili concorrenti delle gare pubbliche tramite l'agevolazione della partecipazione anche delle piccole e medie imprese (**CGUE 10 ottobre 2013, C-94/12**), a vantaggio non solo degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (**CGUE 23 dicembre 2009, C-305/08**). Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario, grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto interno in senso conforme e di non introdurre vincoli ulteriori e diversi. In particolare, in assenza di motivate condizioni eccezionali, l'applicazione di limiti alla generale possibilità per gli operatori di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti violerebbe anche i principi di parità di trattamento e di non discriminazione (**CGUE 7 aprile 2016, C-324/14; Cons. Stato, Sez. V, 17 maggio 2018, n. 2953; Sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5765; T.A.R. Piemonte 2 dicembre 2019, n. 1190**).

### L'avvalimento per il conseguimento dell'attestazione SOA

Ciononostante, come meglio si approfondirà in seguito, le scelte normative operate dal Legislatore italiano hanno prestato il fianco a ripetute censure da parte sia della Commissione europea per il tramite di lettere di messa in mora e di procedure di infrazione, sia da parte della Corte di Giustizia, trovatisi in più occasioni a dover sancire l'incompatibilità della disciplina di diritto interno rispetto ai principi e alla normativa comunitari.

### I requisiti suscettibili di avvalimento

L'istituto dell'avvalimento, oltre che in funzione della partecipazione alle gare d'appalto, nel previgente Codice dei contratti pubblici era espressamente considerato anche al fine di poter conseguire l'attestazione SOA: l'art. 50 del D.Lgs. n. 163/2006, infatti, sanciva i principi cardine della qualificazione mediante avvalimento per poi demandare al Regolamento attuativo l'individuazione delle procedure e dei requisiti necessari allo scopo (cfr. art. 88, d.P.R. n. 207/2010). Tale possibilità, in linea con quanto previsto dall'art. 83, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, è stata ora nuovamente positivizzata nello Schema di Regolamento unico di esecuzione, integrazione e attuazione del Codice dei contratti pubblici nello schema di provvedimento circolato il 13 maggio 2020, che dovrà essere vagliato dal Consiglio di Stato, dalla Conferenza permanente Stato-Regioni e dalle Commissioni Parlamentari.

### Avvalimento tecnico-operativo e avvalimento di garanzia

Ai sensi del comma 1 dell'art. 89, D.Lgs. n. 50/2016 l'operatore economico può ricorrere all'istituto dell'avvalimento al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria (ex art. 83, comma 1, lett. b) ovvero di capacità tecnica e professionale (ex art. 83, comma 1, lett. c), necessari per la partecipazione alla gara.

La dottrina e la giurisprudenza hanno dunque elaborato una distinzione rispettivamente tra avvalimento c.d. "di garanzia" e avvalimento c.d. "tecnico-operativo": mentre nel primo caso il prestito si sostanzia essenzialmente nell'impegno a garantire l'impresa ausiliata nei confronti della stazione appaltante tramite la messa a disposizione della solidità economica e finanziaria dell'ausiliaria, quali requisiti immateriali, nel caso dell'avvalimento tecnico-operativo si fa riferimento alla messa a disposizione di mezzi e risorse concreti, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto (**Cons. Stato, Sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 5 dicembre 2019, n. 877**). Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, tale distinzione, lungi dall'aver un valore meramente classificatorio, si traduce nel diverso grado di specificità che deve connotare l'oggetto del contratto di avvalimento. Difatti, deve ritenersi che nel caso di avvalimento tecnico-operativo i mezzi, il personale, il *know-how* e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti debbano essere specificamente indicati nel contratto, mentre nell'avvalimento di garanzia è sufficiente l'impegno contrattuale a prestare all'ausiliata la complessiva solidità finanziaria, senza indicare analiticamente i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria (**Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243; Id., 7 maggio 2019, n. 2917; Id., 25 luglio 2019, n. 5257**).

### Il requisito del fatturato specifico

Al fine di distinguere tra le due tipologie di avvalimento è indispensabile considerare lo scopo per il quale il requisito è preposto, avendo riguardo anche alle modalità con le quali ne è richiesta la dimostrazione e all'oggetto dell'appalto (**Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2019, n. 4866; Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6066**). Non risulta invece determinate la nomenclatura utilizzata nella *lex specialis* di gara, atteso che, se del caso, è opportuno procedere ad una riqualificazione (fermo restando l'onere di impugnare la disposizione di gara in punto di qualificazione del requisito **Cons. Stato, Sez. III, 22 gennaio 2020, n. 546**). La distinzione tuttavia non è sempre agevole e, ad esempio, orientamenti contrastanti sono emersi con riferimento alla qualificazione in un senso piuttosto che nell'altro del contratto con cui è messo a disposizione il requisito del fatturato specifico (talvolta riconosciuto come requisito tecnico - **Cons. Stato, Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257; Id., 23 febbraio 2015, n. 864; Sez. III, 5 luglio 2017, n. 3328** - talaltra come requisito economico-finanziario - **Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1120; Id., 20 luglio 2017, n. 3593; Sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422**). Anche in questo peculiare caso risulta dirimente l'esame degli atti di gara per indagare le finalità assegnate dalla stazione appaltante al possesso del requisito del fatturato specifico se in funzione di una certa solidità economica-finanziaria dell'operatore ovvero della capacità tecnica dello stesso per aver utilmente impiegato nelle pregresse esperienze la propria organizzazione aziendale e le competenze tecniche a disposizione (**Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704**).

### I titoli di studio e le esperienze professionali pertinenti

Nel contesto del c.d. avvalimento tecnico-operativo è possibile individuare una sottocategoria rappresentata dal prestito dei titoli di studio e delle esperienze professionali pertinenti. Tale fattispecie, specificamente regolata dal comma 1 dell'art. 89, D.Lgs. n. 50/2016, richiede che

# Itinerari della giurisprudenza

gli operatori possano avvalersi delle capacità di altri soggetti a condizione che questi ultimi eseguano direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

Sulla portata applicativa della disposizione in esame la giurisprudenza è divisa e anche nelle sentenze più recenti la Sezione III e la Sezione V del Consiglio di Stato hanno espresso due orientamenti contrapposti. Se da un lato vengono ricondotte all'ipotesi delle "esperienze professionali pertinenti" le sole prestazioni dal carattere personale-infungibile e dunque non trasmissibili (**Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704**), dall'altro, il perimetro della disposizione viene esteso al punto da ricomprendervi qualsivoglia servizio, tramite il concetto di "servizio analogo" (**Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2019, n. 2191; Id., 6 ottobre 2018, n. 5750; T.A.R. Calabria, Sez. I, 10 marzo 2020, n. 454**).

A riprova della maggiore condivisibilità del primo orientamento, sul punto si è espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, valorizzando il carattere eccezionale della disposizione, preclusivo di interpretazioni estensive, e circoscrivendone l'applicazione alle sole esperienze che non possono essere trasmesse al concorrente se non mediante l'impiego diretto dei singoli soggetti "titolati" che in seno all'ausiliaria hanno maturato l'esperienza richiesta (**CGUE 7 aprile 2016, C-324/14**). Più che un obbligo di esecuzione diretta da parte dell'ausiliata, quindi, la regola pare prescrivere l'obbligo di impiego di singole professionalità nel contesto del *team* dispiegato dalla concorrente. Tuttavia, parte della giurisprudenza legge nella clausola di cui all'art. 89, comma 1, la necessità nel caso di prestito delle esperienze professionali di un ruolo esecutivo in proprio della ausiliaria, spingendosi sino a richiedere un impegno concreto in tal senso nel contratto di avvalimento (**T.A.R. Campania, Sez. III, 7 gennaio 2020, n. 51**). In quest'ultima ipotesi è però innegabile la labilità del confine tra l'istituto dell'avvalimento e quello del subappalto.

Il tema richiederebbe, dunque, un intervento da parte dell'Adunanza Plenaria affinché interpreti il concetto di "esecuzione diretta" e risolva il conflitto anzidetto tra le due Sezioni del Consiglio di Stato sul perimetro della nozione di "esperienze professionali pertinenti".

## I requisiti soggettivi

Certamente chiaro sin dalle prime applicazioni dell'istituto è invece il fatto che i requisiti soggettivi non possono costituire oggetto di avvalimento. Risulta tuttavia fondamentale distinguere tra quei requisiti intrinsecamente legati al soggetto imprenditore, che si atteggiavano quali mere condizioni soggettive (come i requisiti di idoneità morale di cui all'art. 80 e i requisiti professionali di cui all'art. 83, comma 1, lett. a) e quei requisiti che, pur essendo soggettivi, sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone. Difatti, mentre questi ultimi sono volti a garantire l'obiettiva qualità dell'adempimento, i primi attestano l'idoneità del concorrente ad essere contraente per la pubblica amministrazione e dunque non sono trasferibili da altro soggetto (**Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2020, n. 1667; T.A.R. Campania, Salerno, 26 marzo 2019, n. 482**). Da qui, si comprende la ragione per cui la giurisprudenza maggioritaria ritiene invece ammissibile il ricorso all'istituto dell'avvalimento per dimostrare il possesso delle certificazioni di qualità purché l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata anche tutti i fattori della produzione e tutte le risorse che le hanno consentito di ottenere la certificazione stessa (**Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1730**). Tale regola è, allo stato delle cose, espressamente contemplata nello Schema di Regolamento unico di esecuzione del Codice dei contratti pubblici (cfr. art. 75).

## L'attestazione SOA

In questo ambito, merita poi un discorso più puntuale il tema dell'avvalimento dell'attestazione SOA. Superate le incertezze derivanti dall'equivoca formulazione originaria dell'art. 89 del Codice, riformulato dal Decreto correttivo n. 156/2017, ad oggi, è pacifico che tale certificazione possa costituire oggetto di prestito da parte dell'ausiliaria, atteso che la sua vera essenza sia quella di attestare requisiti di capacità economiche e finanziarie nonché tecniche e professionali, suscettibili di avvalimento per espressa previsione di legge. Anche in questa ipotesi chiaramente la messa a disposizione del requisito non dovrà rivelarsi un prestito meramente cartolare, dovendosi accompagnare al prestito dell'attestato necessariamente anche l'avvalimento del complesso inscindibile dei requisiti accertati tramite lo stesso con la specifica indicazione delle risorse messe a disposizione (**Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543; TRGA Trento 1° ottobre 2019, n. 121; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 28 novembre 2019, n. 1188**).

Più discusso, al punto che si è ritenuto di invocare l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria (**Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2020, n. 1920**), è il tema circa la necessità per il concorrente che intenda avvalersi dell'attestazione SOA altrui di possederla già anche in proprio. Il conflitto giurisprudenziale si rinvia tra la posizione di chi ritiene accessibile l'avvalimento anche per l'operatore economico del tutto sprovvisto della SOA (**Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5834; T.A.R. Toscana 13 marzo 2019, n. 356; T.A.R. Campania, Sez. I, 19 novembre 2018, n. 6691**) e chi, al contrario, ne reputa necessario anzitutto il possesso in proprio, consentendo l'avvalimento soltanto per raggiungere

### Iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali e categorie SIOS

classifiche e categorie superiori (**Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1772**). La questione, sorta dalla imposizione da parte di alcune stazioni appaltanti di clausole restrittive nel senso appena detto a pena di esclusione del concorrente, si intreccia necessariamente anche con il tema dei limiti che la *lex specialis* di gara può imporre all'avvalimento e quello della tassatività delle cause di esclusione dalla procedura. Spetterà dunque all'Adunanza Plenaria statuire circa la legittimità di siffatte clausole ed eventualmente inquadrare il vizio che le affligge quale causa di nullità ovvero di annullabilità.

Per completare la disamina sui requisiti suscettibili di avvalimento, il ricorso all'istituto è infine escluso, per espressa previsione normativa, per soddisfare il requisito di iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali (art. 89, comma 10) e qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico, c.d. categorie superspecialistiche - SIOS (alle condizioni specificate dall'art. 89, comma 11). Tuttavia, non può non rilevarsi che quest'ultima previsione è stata oggetto di censura da parte della Commissione europea per il tramite della lettera di costituzione in mora relativa alla procedura di infrazione n. 2018/2273 del 24 gennaio 2019: la disposizione sarebbe incompatibile rispetto a quanto consentito dagli artt. 63, parr. 1 e 2, Dir. 2014/24/UE e 79, parr. 2 e 3, Dir. 2014/25/UE, nonché violativa del principio di proporzionalità che imporrebbe piuttosto di escludere l'avvalimento in relazione agli specifici "lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità" compresi nell'appalto e non di escludere l'avvalimento per l'intero appalto.

### L'avvalimento nel settore dei beni culturali

Ultima, ma certamente non per importanza, ipotesi di eccezione all'avvalimento è quella disposta dall'art. 146, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016, che esclude il ricorso all'istituto in caso di affidamenti inerenti contratti pubblici nel settore dei beni culturali. La previsione si motiva in ragione della peculiarità della disciplina dei lavori aventi ad oggetto il patrimonio culturale, tale da imporre una specializzazione molto marcata del soggetto designato ad eseguirli, non surrogabile attraverso l'avvalimento (**Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403**). Sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato nel parere emesso sullo schema del Codice dei contratti pubblici (**Cons. Stato, parere, 1° aprile 2016, n. 855**), la deroga è stata giustificata dall'esigenza di protezione del patrimonio artistico, storico e archeologico, sancita dall'art. 36, TFUE e, dunque, giudicata compatibile rispetto al diritto comunitario.

### Avvalimento *ad abundantiam*

Il contratto di avvalimento è funzionale al trasferimento di una qualificazione non posseduta dall'ausiliata o che la stessa non ha comunque ritenuto di spendere in gara (**Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2019, n. 4024**). In quest'ultima ipotesi si prefigura la fattispecie del c.d. avvalimento *ad abundantiam* in cui l'impresa concorrente vanta già in proprio il possesso dei requisiti di partecipazione prescritti, sì che il contratto di avvalimento stipulato è da qualificarsi come sovrabbondante e non necessario ai fini dell'ammissione alla procedura. Sul tema, invero non frequentemente affrontato dalla giurisprudenza amministrativa, è di recente intervenuta la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, ribadendo l'ammissibilità di tale peculiare ipotesi in cui l'avvalimento è concepito solo quale mero rinforzo. Pertanto, l'eventuale inadeguatezza o invalidità del contratto di avvalimento non pregiudica la partecipazione del concorrente che provi di essere comunque in possesso dei requisiti, non configurandosi alcuna ipotesi di mutamento della domanda di partecipazione né una inammissibile contraddizione con quanto in precedenza dichiarato (**Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2019, n. 7498; Id., 12 settembre 2017, n. 4301**). Tuttavia, il possesso autonomo delle capacità dell'impresa ausiliata deve emergere espressamente già dalla dichiarazione resa in sede di presentazione della domanda di partecipazione (**Cons. Stato, Sez. V, 15 gennaio 2020, n. 386**). Ad analoghe conclusioni deve poi pervenirsi anche nel caso in cui, nel corso della gara, venissero a mancare dei requisiti in capo all'ausiliaria poiché a tale sopravvenuta carenza potrà sempre sopperire la sufficienza dei requisiti posseduti in proprio dal concorrente.

### Principio del possesso continuativo dei requisiti e sostituzione dell'ausiliaria

In generale, infatti, in virtù della totale equiparazione tra gli operatori offerenti in via diretta e gli operatori economici in rapporto di avvalimento, deve in ogni caso valere la regola del possesso continuativo dei requisiti di ammissione, a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica. Sul punto, il Consiglio di Stato in sede di Adunanza Plenaria aveva dunque ritenuto legittima l'esclusione del concorrente che si avvale di soggetto ausiliario a sua volta privo del titolo (**Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8; T.A.R. Lazio, Sez. II, 30 aprile 2020, n. 4529**). Tuttavia, tale conclusione andrebbe forse ripensata alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 50/2016 che, in recepimento di quanto previsto dall'art. 63, par. 1, Dir. 2014/24/UE, ha introdotto al comma 3 dell'art. 89 l'istituto della sostituzione dell'impresa ausiliaria

# Itinerari della giurisprudenza

## La documentazione da produrre in gara

## Il contratto di avvalimento

(**T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 5 maggio 2020, n. 951**). Tale meccanismo, inapplicabile retroattivamente alle procedure bandite in precedenza (**CGUE 14 settembre 2017, C-223/16; Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6004; T.A.R. Lazio, Sez. II, 30 aprile 2020, n. 4529**), consente (*rectius*: impone) all'operatore economico di sostituire le imprese ausiliarie che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per le quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Si tratta di un istituto derogatorio rispetto al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente, ma che risponde all'esigenza di evitare l'esclusione del concorrente per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, stimolare il ricorso all'avvalimento (**Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2020, n. 2551**).

La giurisprudenza sta ancora cercando di definire l'ambito di applicazione di tale nuovo strumento e a questo scopo è stata recentemente rimessa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione se osti rispetto alla normativa europea sulla sostituzione dell'ausiliaria la previsione di cui al comma 1, quarto periodo, dell'art. 89, D.Lgs. n. 50/2016 che prevede l'esclusione automatica in caso di falsa dichiarazione dell'impresa ausiliaria circa la sussistenza di condanne penali passate in giudicato, potenzialmente idonee a dimostrare la commissione di un grave illecito professionale (**Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2020, n. 2005**). Altrettanto rilevante in tema è poi una recentissima Ordinanza **Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2020, n. 2332** di rimessione all'Adunanza Plenaria per approfondire la portata, la perimetrazione e gli effetti degli obblighi dichiarativi gravanti sugli operatori economici in sede di partecipazione alla procedura evidenziale, con particolare riguardo ai presupposti per l'imputazione della falsità dichiarativa ai sensi di cui alle lett. c) e f *bis*) del comma 5 dell'art. 80, D.Lgs. n. 50/2016).

Certo è che, sulla scia di quanto affermato dal Consiglio di Stato in sede di Adunanza Plenaria, secondo cui non possono consentirsi regolarizzazioni postume con specifico riferimento alla posizione previdenziale dell'impresa concorrente (**Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 2016, n. 6**), la giurisprudenza ha escluso che in luogo della sostituzione dell'ausiliaria possa permettersi alla stessa una regolarizzazione del requisito carente (**Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2018, n. 2527**).

Ai sensi dell'art. 89, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, l'operatore economico che intenda avvalersi delle capacità di altri soggetti per partecipare alla procedura di gara ha l'onere di allegare alla propria domanda di partecipazione il contratto di avvalimento e due dichiarazioni sottoscritte dall'ausiliaria attestanti il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 80 e dei requisiti oggetto di avvalimento nonché il suo impegno verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie.

In particolare, quest'ultima dichiarazione di impegno si distingue dal contratto di avvalimento sia per natura che per finalità: infatti, essa rappresenta un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni da parte dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, a differenza del contratto bilaterale stipulato con l'ausiliata per la costituzione di un rapporto patrimoniale. I due documenti, dunque, non sono sovrapponibili e la dichiarazione di impegno non può in alcun modo considerarsi assorbita nel contratto di avvalimento che, pur se formalmente indirizzato anche all'Amministrazione, obbliga solamente nei confronti dell'impresa ausiliata. La dichiarazione in parola, lungi dal costituire un mero formalismo, è quindi fondamentale affinché l'ausiliario assuma l'obbligo di mettere a disposizione le risorse anche direttamente nei confronti della stazione appaltante, producendo effetti nei confronti di quest'ultima dal momento in cui perviene alla sua conoscenza e divenendo irretrattabile ai sensi dell'art. 1334 c.c. (**Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7188**).

Venendo ora al contratto di avvalimento, la giurisprudenza e la dottrina si sono interrogate a lungo sulla natura dello stesso propendendo infine per la qualificazione quale contratto atipico, nel quale coesistono elementi propri del mandato, dell'appalto di servizi e anche aspetti di garanzia (**Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 2019, n. 8655**). Inoltre, ad oggi, risulta pacificamente riconosciuto il carattere di onerosità di tale contratto per cui, qualora in sede contrattuale non fosse stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, la giurisprudenza ritiene che debba comunque emergere l'interesse - anche indirettamente patrimoniale - che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere gli obblighi e le responsabilità connesse all'avvalimento (**Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2018, n. 2953**; cfr. Schema di Regolamento unico di esecuzione del Codice dei Contratti pubblici che precisa il carattere di onerosità del contratto di avvalimento: "in cambio di un corrispettivo in denaro oppure di altra utilità di natura direttamente o indirettamente patrimoniale"). Invero, l'onerosità del contratto è ritenuta anche indice dell'effettiva concessione delle risorse a favore dell'ausiliata, ma si esclude che possa ammettersi un sindacato nel merito sull'entità del corrispettivo poiché la sola

### L'avvalimento infragruppo

presenza dello stesso è di per sé sufficiente a ricondurre il contratto al proprio schema tipico (**Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1074**).

Il contratto di avvalimento realizza l'interesse di entrambe le imprese che lo sottoscrivono alla partecipazione alle gare pubbliche. Si tratta, quindi, di un contratto in cui la posizione delle parti non è confliggente, ma tesa a realizzare un interesse economico comune ad entrambe (**Cons. Stato, Sez. III, 23 aprile 2019, n. 2599** in cui si è riconosciuta la validità e l'efficacia di un contratto concluso "con sé stesso" per la natura stessa del contratto di avvalimento che esclude la sussistenza del conflitto di interessi prevista dall'art. 1395 c.c.).

### L'oggetto del contratto di avvalimento

Una specifica deroga alla documentazione da produrre era prevista nel previgente Codice del 2006 nel caso dell'avvalimento infragruppo per il quale l'art. 49, comma 2, lett. g), D.Lgs. n. 163/2006 consentiva di presentare, in luogo del contratto di avvalimento, una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente tra le imprese. Si riteneva sufficiente per gli operatori appartenenti al medesimo gruppo imprenditoriale una attestazione del loro legame giuridico ed economico quale fattore genetico giustificativo dell'avvalimento (**Cons. Stato, Sez. III, 27 giugno 2019, n. 4418; Id., 13 settembre 2017, n. 4336; Sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 52**), fermo restando che nello specifico caso dell'avvalimento c.d. tecnico-operativo parte della giurisprudenza insisteva comunque per la specificazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione (**T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 5 dicembre 2019, n. 2598**). Nel nuovo Codice, tuttavia, la disposizione non è stata riprodotta e pertanto l'orientamento giurisprudenziale pressoché unanime ha concluso escludendo che la deroga possa trovare ancora oggi applicazione (**Cons. Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2018, n. 907**).

Tutti i profili attinenti all'individuazione degli elementi e delle caratteristiche del contratto di avvalimento sono stati affrontati dal Consiglio di Stato tramite la nota **Ad. Plen. 4 novembre 2016, n. 23**, la cui ordinanza di rimessione (**CGARS 19 febbraio 2016, n. 52**) già ripercorre analiticamente le diverse tesi sviluppatesi nel tempo sui temi della natura, della forma e soprattutto dell'oggetto del contratto.

Proprio con riferimento a quest'ultimo elemento dell'oggetto, con particolare interesse al grado di determinazione e specificità dello stesso, il dibattito giurisprudenziale si era vivacemente animato. Nel contesto di un quadro normativo che imponeva al contratto di avvalimento di riportare le risorse e i mezzi prestati in modo specifico e determinato (cfr. art. 88, comma 1, d.P.R. n. 207/2010; art. 49, D.Lgs. n. 163/2006), il Supremo Consesso amministrativo, interpellato in sede di Adunanza Plenaria, aveva concluso nel senso di escludere la sanzione di nullità per i contratti di avvalimento dall'oggetto soltanto determinabile. A partire da quel momento, dunque, la giurisprudenza maggioritaria ha fatto proprie tali conclusioni, accentuando la distinzione tra "requisiti generali" (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo, ad es. il fatturato globale o la certificazione di qualità) e risorse: solamente per queste ultime - intese come beni in senso tecnico-giuridico, cioè cose che possono formare oggetto di diritti ex art. 81 c.c. - si giustifica l'esigenza di specificazione tramite un contratto dall'oggetto determinato, essendo sufficiente in tutti gli altri casi la mera determinabilità (**Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2359; Id., 26 novembre 2018, n. 6690**). Non può certamente sfuggire, però, che la distinzione in parola, in sé plausibile, non trova una effettiva corrispondenza rispetto al contenuto delle due categorie concettuali di avvalimento, in virtù, in particolare, dell'inclusione tra i requisiti generali anche dei requisiti tecnico-organizzativi, tipicamente connotanti l'avvalimento operativo e non anche quello di garanzia.

### La determinatezza del contratto di avvalimento

Deve poi considerarsi che le disposizioni di riferimento sul tema sono mutate rispetto a quelle *ratione temporis* prese in considerazione dall'Adunanza Plenaria: infatti, il D.Lgs. n. 56/2017 ha introdotto al comma 1 dell'art. 89 una espressa previsione di nullità qualora non sia contenuta la "specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione". Ad oggi, quindi, certamente con riferimento agli avvalimenti tecnico-operativi, dovrebbe ritenersi esclusa l'ammissibilità di un contratto che, seppur determinabile, non sia determinato.

La *ratio* di una tale previsione è quella di consentire alla stazione appaltante di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'impresa ausiliaria nei confronti della concorrente nonché di verificare, nel corso della gara prima e in sede di esecuzione poi (cfr. art. 89, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016), che la messa a disposizione del requisito non sia meramente cartolare, ma corrisponda a una prestazione effettiva di attività e di mezzi da un'impresa all'altra (**Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243; T.A.R. Campania, Sez. VIII, 5 novembre 2019, n. 5247**). Difatti, sebbene la dimostrazione effettiva di quanto messo a disposizione dall'ausiliaria sia destinata a svolgersi nella sede di verifica dei requisiti dopo l'aggiudicazione, nondimeno già nella fase di ammissione occorre che ne sia dichiarato il

# Itinerari della giurisprudenza

possesto con l'assunzione della correlativa responsabilità (**Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7187**). Lo scopo di evitare che il requisito venga prestato solo astrattamente, aggirando il sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche, sarebbe frustrato anche soltanto se le risorse personali e materiali messe a disposizione, pur enunciate nel contratto, fossero indicate in termini talmente generici da risultare scarsamente attinenti all'oggetto dell'appalto ovvero tali da non essere univocamente riconducibili all'impresa ausiliaria: infatti, la puntuale indicazione delle obbligazioni e del soggetto che le assume è indispensabile per la stazione appaltante affinché le prestazioni siano in concreto coercibili in virtù della responsabilità solidale prevista nelle ipotesi di avvalimento (**Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2019, n. 8819**).

In questo senso, l'inciso sulla nullità in parola - così come il contenuto del comma 9 dell'art. 89 sulla risoluzione del contratto nell'ipotesi che, a seguito di verifica, emerga il non effettivo utilizzo delle risorse dell'ausiliario - appare plausibilmente e logicamente riferibile al solo avvalimento c.d. tecnico-operativo (e così è stato inteso anche dalle sentenze più recenti che si sono espressamente avvedute del mutamento normativo, cfr. **T.A.R. Lazio, Sez. I quater, 20 febbraio 2020, n. 2253**; **T.A.R. Campania, Sez. I, 5 marzo 2020, n. 1022**) e non anche all'avvalimento c.d. di garanzia: quest'ultimo infatti non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione dell'impresa, bensì assolve alla funzione di ampliare lo spettro della responsabilità della corretta esecuzione dell'appalto con le risorse economiche dell'ausiliaria (**Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1120**). Rimane tuttavia la criticità, con precipuo riferimento al tenore letterale di cui al comma 1, della menzione non solo delle "risorse" ma anche dei "requisiti".

Ad ogni modo, seppur dunque il grado di specificazione richiesto affinché il contratto non sia nullo dipenda dal contenuto specifico del singolo contratto e, quindi, dalla natura e dalla tipologia delle obbligazioni concretamente assunte dall'impresa ausiliaria, va sicuramente esclusa la validità di un contratto che applichi formule contrattuali del tutto generiche ovvero meramente riprodotte del dato normativo o della clausola di riferimento della *lex specialis* (**Cons. Stato, Sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755**). Così parimenti indeterminato deve considerarsi un contratto onnicomprensivo e universale, nel quale l'ausiliaria si impegni su tutti i fronti senza che l'oggetto autentico sia concretamente rintracciabile (**Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5428**). Lo scopo rimane infatti sempre quello di evitare che l'avvalimento si trasformi in una sorta di "scatola vuota", del tutto avulso da un effettivo prestito del requisito. Un significativo chiarimento sul tema è fornito dallo Schema di Regolamento unico di esecuzione del Codice dei contratti pubblici: il contratto di avvalimento deve indicare in modo specifico ed esauriente i requisiti e le correlate risorse strumentali e umane messe a disposizione, la durata del contratto pari al tempo necessario per l'esecuzione della prestazione, il corrispettivo pattuito, l'impegno a non mettere contestualmente a disposizione di altri soggetti le risorse oggetto di avvalimento per tutta la durata del contratto nonché ogni altro elemento utile a determinare l'oggetto del contratto. Si precisa, inoltre, recependo gli approdi a cui già la giurisprudenza era giunta, che tale onere di specificità sui mezzi e le attrezzature messe a disposizione non riguarda i requisiti immateriali.

Del tutto innovativa è poi la previsione che considera l'ipotesi di impossibilità di indicazione puntuale delle risorse e dei mezzi prestati. In tal caso, il contratto di avvalimento deve prevedere, mediante clausola espressa, l'effettiva messa a disposizione del complesso organizzato di beni e risorse costituenti l'organizzazione aziendale globalmente considerata o un suo ramo inteso come unità organizzativa funzionalmente autonoma. Seppur l'ausiliaria possa continuare ad utilizzare il complesso della sua organizzazione aziendale, l'esecutore materiale deve avere in qualunque momento la possibilità di acquisire la disponibilità materiale di qualsiasi risorsa di cui abbia necessità per l'esecuzione del contratto. Prevedibilmente, dunque, siffatta previsione sortirà l'effetto di incentivare la specificazione delle risorse, dovendosi altrimenti obbligare l'ausiliaria ad un prestito ben più gravoso.

Si registra, infine, un orientamento giurisprudenziale che si spinge sino a sindacare anche nel merito l'adeguatezza dei requisiti prestati (**Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2017, n. 852**). Nelle fattispecie considerate il contratto di avvalimento, sebbene sufficientemente determinato nell'oggetto, è stato giudicato "inidoneo" all'assolvimento dello scopo cui l'avvalimento è preposto. In sostanza, il Consiglio di Stato, dopo una verifica in concreto dei mezzi e delle risorse effettivamente prestate dall'ausiliaria, ha ritenuto quanto messo a disposizione del tutto inadeguato e insufficiente.

Inoltre, con precipuo riferimento al caso di avvalimento c.d. frazionato, è stato precisato che tale valutazione di adeguatezza deve essere parametrata soltanto rispetto a quella parte di prestazione per cui il concorrente ha manifestato la volontà di ricorrere all'avvalimento e non rispetto alla totalità dell'appalto (**Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916**; **Id., 14 giugno 2019, n. 4024**).

## L'adeguatezza dei requisiti prestati

Tale peculiare orientamento che si sta affacciando nel panorama giurisprudenziale imporrebbe sostanzialmente alla stazione appaltante un duplice controllo circa la determinatezza del contratto di avvalimento prima e circa l'adeguatezza dei mezzi e delle risorse prestatati poi. Quest'ultima verifica, tuttavia, presenta degli innegabili profili problematici se si considera che dovrebbe poi ammettersi un successivo controllo in sede giurisdizionale sull'operato discrezionale dell'amministrazione.

### Il soccorso istruttorio

La già citata ordinanza del CGARS n. 52/2016 ha affrontato anche i profili connessi alla possibilità di attivare il soccorso istruttorio per colmare eventuali incompletezze del contenuto del contratto di avvalimento, dando atto dei diversi orientamenti giurisprudenziali formatisi nel vigore del previgente Codice. La conseguente Ad. Plen. n. 23/2016, tuttavia, non ha espressamente preso posizione sul punto, avendo riconosciuto, come detto, la validità anche di un contratto meramente determinabile e, dunque, concludendo che, rispetto al caso di specie, non si ponesse la necessità di una integrazione mediante soccorso istruttorio.

La giurisprudenza successiva è stata inevitabilmente influenzata dalle conclusioni raggiunte dalla Plenaria, ma ancor più dalla nuova formulazione della norma di riferimento per il soccorso istruttorio nel Codice del 2016, vale a dire il comma 9 dell'art. 83. Le possibili integrazioni documentali sono state circoscritte alle sole carenze degli elementi formali della domanda con la preclusione di sanare quelle irregolarità c.d. essenziali che non consentono l'individuazione del contenuto della domanda o del soggetto responsabile della stessa.

Pertanto, è stato chiarito che la genericità del contratto di avvalimento si traduce in una nullità insanabile mediante soccorso istruttorio poiché attinente alla carenza di un requisito strutturale del contratto stesso (**Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2019, n. 8819**). In altri termini, il soccorso istruttorio è volto solo a chiarire o completare dichiarazioni o documenti comunque di per sé idonei e non può essere invocato qualora, in sede di gara, sia accertata la sostanziale inutilizzabilità di un requisito essenziale per la partecipazione (**T.A.R. Campania, Sez. V, 8 gennaio 2020, n. 91; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2017, n. 111**). Allo stesso modo, con precipuo riferimento all'ipotesi di avvalimento delle esperienze professionali pertinenti, la mancata assunzione da parte dell'ausiliaria dell'obbligo di eseguire direttamente la prestazione rappresenta una lacuna non colmabile *ex post*, trattandosi di un'ipotesi di assenza di elemento essenziale di tipo negoziale, funzionale alla validità della dichiarazione (**Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2019, n. 2191; Id., 6 ottobre 2018, n. 5750**).

Allo stesso modo, non è sanabile la mancata indicazione di voler utilizzare l'avvalimento nel documento di gara unico europeo. L'avvalimento consiste, infatti, in una esplicita manifestazione di volontà dell'operatore che deve emergere sin dal DGUE o comunque nell'ambito dei documenti di gara (**Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2020, n. 2836**) né il soccorso istruttorio può essere rivolto alla sollecitazione di una dichiarazione di intenzione del concorrente.

Al contrario, tra le mere irregolarità che possono essere oggetto di integrazioni postume la giurisprudenza ha riconosciuto la sottoscrizione del contratto di avvalimento (**T.A.R. Calabria, Sez. I, 22 febbraio 2019, n. 388**), ma anche l'allegazione stessa del contratto purché si dimostri la sua anteriorità rispetto alla presentazione della domanda di partecipazione (**Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209; Id., 20 agosto 2019, n. 5747; Id., 23 dicembre 2019, n. 8711; T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 18 aprile 2019, n. 5044; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 24 aprile 2019, n. 478**).

Volendo raffrontare l'istituto del soccorso istruttorio con quello sopra menzionato della sostituzione dell'ausiliaria di cui all'art. 89, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016, non può non rilevarsi una sorta di "asimmetria" del sistema che, nel primo caso, esclude modifiche *ex post* sanzionando con la nullità il contratto di avvalimento generico e, nel secondo, consente invece l'integrazione postuma di una condizione di partecipazione. Non sono tuttavia mancate pronunce della giurisprudenza amministrativa che hanno evidenziato anche i tratti comuni ai due istituti, entrambi volti ad evitare l'esclusione dell'operatore economico, operando sempre sul piano della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione. Seppur il soccorso istruttorio si riferisca ad una irregolarità che colpisce direttamente il concorrente mentre la sostituzione riguarda più la situazione dell'ausiliaria, si è ritenuto di poter estendere anche a quest'ultimo caso la previsione del termine non superiore a dieci giorni concesso dall'art. 83, comma 9, D.Lgs. n. 50/2016 per fornire le integrazioni richieste dalla stazione appaltante in caso di soccorso istruttorio (**Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 2020, n. 2551**).

### Avvalimento e subappalto

Vi è poi da considerare come la giurisprudenza più recente abbia affrontato l'annosa questione del rapporto che intercorre tra l'istituto dell'avvalimento e quello del subappalto, nella consapevolezza delle evidenti ragioni di connessione tra i due, ma nel tentativo di evidenziare anche e soprattutto le differenze.

Troppo spesso nella prassi si assisteva alla stipulazione di contratti di avvalimento dissimulanti subappalto, soprattutto al fine di poter aggirare ed eludere la disciplina dei limiti quantitativi



# Itinerari della giurisprudenza

## Il regime delle responsabilità

previsti per quest'ultimo ai sensi dell'art. 105, commi 2 e 5, D.Lgs. n. 50/2016. Vero è che questo problema potrebbe dirsi attenuato alla luce delle ormai note sentenze della Corte di Giustizia che si sono espresse sull'incompatibilità rispetto al diritto europeo dei limiti quantitativi che nella nostra disciplina interna circoscrivono il ricorso al subappalto (**CGUE 26 settembre 2019, C-63/18; Id., 27 novembre 2019, C-402/18**, anche se la recente pronuncia **T.A.R. Lazio, Sez. I, 24 aprile 2020, n. 4183** sembra confermare la sussistenza dei suddetti limiti), tuttavia permangono delle differenze fondamentali tra i due istituti, soprattutto in tema di responsabilità, che non possono consentire una confusione tra gli stessi.

Difatti, ai sensi del combinato disposto dei commi 8 e 9 dell'art. 89, D.Lgs. n. 50/2016 l'avvalimento si configura come un contratto in base al quale l'impresa ausiliata utilizza i mezzi e le risorse dell'ausiliaria "in via immediata", fermo restando che è soltanto l'impresa concorrente l'esecutrice dell'appalto: mantenendo la direzione e il coordinamento dell'appalto, essa rimane la sola controparte contrattuale nonché responsabile nei confronti della stazione appaltante, seppur con la garanzia della responsabilità solidale dell'ausiliaria. Mentre nel caso del subappalto, al contrario, è l'impresa subappaltatrice che assume in proprio il rischio economico-imprenditoriale dell'esecuzione delle prestazioni subappaltate (**Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1330**), caratterizzandosi l'istituto per una effettiva autonomia organizzativa (sulla distinzione, ancora più specifica, tra avvalimento e contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura di cui all'art. 105, comma 3, lett. c *bis* si confronti **Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2020, 19 maggio 2020, n. 3169**).

## La funzione di integrazione dei requisiti

Dovrebbe poi ritenersi definitivamente chiarito che è soltanto l'avvalimento che svolge una funzione di integrazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di gara, operando il subappalto esclusivamente nella fase esecutiva del contratto. Ciò vale, a partire dall'Adunanza Plenaria che si è espressa sul tema (**Cons. Stato, Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9**), anche con riferimento al c.d. subappalto necessario che dovrebbe considerarsi come "esecutivo" e mai "qualificante" ai fini della partecipazione alla gara. Tuttavia, non mancano nel panorama giurisprudenziale anche pronunce successive alla Plenaria dal contenuto non del tutto conforme (**Cons. Stato, Sez. III, 18 novembre 2016, n. 4798; Sez. IV, 3 marzo 2016, n. 879; T.A.R. Lazio, Sez. I bis, 7 gennaio 2019, n. 146; T.A.R. Napoli, Sez. I, 1° marzo 2018, n. 1336**). Le incertezze su tale ultimo profilo sono certamente comprensibili in relazione alla impostazione del D.Lgs. n. 50/2016 nella parte in cui viene richiesto di indicare in sede di offerta una terna di subappaltatori (art. 105, comma 6), ma alla luce della sospensione di tale prescrizione ad opera della L. n. 55/2019 (c.d. Sblocca cantieri) il subappalto torna inequivocabilmente a rivestire il suo ruolo esclusivamente in fase esecutiva.

## Il subappalto nel contesto dell'avvalimento

Infine, una ipotesi certamente peculiare, in cui il già labile confine tra i due istituti in parola si assottiglia ulteriormente, è quella del subappalto nel contesto dell'avvalimento, prevista dal comma 8 dell'art. 89 secondo cui "l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati". L'interpretazione di quest'ultimo inciso ha subito un mutamento ad opera della giurisprudenza più recente: rispetto al più risalente orientamento giurisprudenziale, supportato anche dall'ex AVCP, che subordinava l'ammissibilità dell'istituto al rispetto anche dei limiti quantitativi previsti per il subappalto *tout court*, due recenti pronunce del Consiglio di Stato hanno negato tale condizione (**Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389; Id., 17 dicembre 2019, n. 8535**).

## L'avvalimento frazionato

Tra le diverse forme di manifestazione dell'avvalimento, l'art. 89, comma 6, D.Lgs. n. 50/2016 consente il c.d. avvalimento plurimo o frazionato, vale a dire la possibilità per l'impresa concorrente di avvalersi di più imprese ausiliarie al fine di comprovare il possesso dei requisiti richiesti in gara.

Ad oggi, devono considerarsi definitivamente superati i dubbi interpretativi sorti sulla formulazione dell'articolo di riferimento nel previgente Codice sui contratti pubblici (cfr. art. 49, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006) che sembrava limitare il ricorso all'avvalimento frazionato per il settore dei lavori, statuendo che il concorrente potesse avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. La questione, infatti, è stata affrontata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (**CGUE 10 ottobre 2013, C-94/12**), la quale ha sancito l'incompatibilità rispetto alle direttive comunitarie della previsione nazionale sul divieto di cumulo di più attestazioni SOA in quanto divieto di carattere generale. È possibile per la stazione appaltante circoscrivere l'applicazione del divieto di avvalimento plurimo ai soli casi in cui ciò si dimostrasse necessario in virtù delle peculiarità dei lavori oggetto di appalto, tali da richiedere una determinata capacità che non può ottenersi associando capacità inferiori di più operatori. È in questo stesso senso che la giurisprudenza maggioritaria ritiene di dover

escludere l'avvalimento frazionato con riferimento ai c.d. servizi di punta, in quanto espressione di una qualifica funzionale non frazionabile poiché attestante una esperienza qualificata nell'ambito dello specifico servizio oggetto della gara e caratterizzante la qualità dell'impresa stessa (**Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2018, n. 678; T.A.R. Campania, Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 603**).

Le disposizioni comunitarie in tema devono essere interpretate anche nel senso di consentire ad operatore economico per la dimostrazione di un requisito che soddisfa solo in parte di fare affidamento sulle capacità di uno o più soggetti terzi, in aggiunta alle proprie (**CGUE 2 giugno 2016, C-27/15**). Nell'ambito dell'attestazione SOA, dunque, è pacificamente consentito all'impresa concorrente in possesso di una determinata categoria, ma non della classifica dell'importo richiesto dalla legge di gara, raggiungere la soglia avvalendosi di più imprese e cumulando i requisiti delle ausiliarie con i propri. Anche le risorse dell'ausiliata, proprio perché già in possesso della categoria richiesta pur se in classifica inferiore, possono essere validamente impiegate nello svolgimento delle mansioni per le categorie superiori (**Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2020, n. 1916**).

### I contrasti con il diritto eurounitario

Se dunque, da un lato, con l'avvalimento c.d. frazionato il nostro Legislatore ha saputo valorizzare al meglio le finalità dell'avvalimento quale strumento volto a favorire la maggior partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara, dall'altro, numerose sono le limitazioni all'istituto che tuttora permangono nel nostro diritto interno. In più punti, infatti, la disciplina prevede divieti volti a circoscrivere la portata applicativa dell'avvalimento che, per l'evidente contrasto rispetto ai principi protoconcorrenziali comunitari, l'Unione Europea non ha perso occasione di censurare.

Facendo riferimento alle segnalazioni temporalmente più recenti e alla disciplina del nuovo Codice, non può non menzionarsi l'ormai nota procedura di infrazione n. 2018/2273, nella quale la Commissione dell'Unione europea ha preso in particolare considerazione la disciplina italiana sull'avvalimento e sul subappalto per valutarla alla luce dei principi comunitari di proporzionalità e di *favor participationis* delle piccole-medie imprese.

### Il divieto di avvalimento a cascata e il caso peculiare del progettista indicato

In tale sede è stato censurato anzitutto il divieto del c.d. avvalimento a cascata di cui al comma 6 dell'art. 89, D.Lgs. n. 50/2016, ossia il divieto per l'impresa ausiliaria di avvalersi, a sua volta, delle capacità di un altro soggetto. La disposizione sarebbe incompatibile rispetto a quanto emerge dalle direttive appalti del 2014 secondo cui è consentita la facoltà di avvalersi di qualsiasi soggetto "indipendentemente dalla natura giuridica dei rapporti" che intercorrono tra ausiliata ed ausiliaria.

La giurisprudenza interna, anche di recente, ha giustificato il divieto in parola precisando che l'avvalimento rappresenta una deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara che, pertanto, può ammettersi a condizione che si configuri un rapporto diretto e immediato tra ausiliaria e ausiliata da cui discenda una responsabilità solidale delle due imprese: l'innesto di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e quella che possiede i requisiti, vanificherebbe tale condizione (**Cons. Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1295**).

In questo contesto, torna ad oggi in rilievo a causa di una recente Ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria (**Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2020, n. 2331**) un peculiare precipitato del divieto di avvalimento a cascata che era rappresentato dal divieto per il progettista indicato nell'offerta di cui il concorrente intendeva avvalersi - per dimostrare il possesso dei requisiti relativi alla prestazione progettuale di un contratto misto, *in primis* il cosiddetto appalto integrato - di ricorrere a sua volta all'avvalimento. Sul tema, particolarmente dibattuto nella vigenza del precedente Codice, D.Lgs. n. 163/2006, la giurisprudenza nettamente prevalente si era espressa nel senso di escludere la possibilità per il progettista, in quanto mero collaboratore esterno, di ricorrere ad un istituto esclusivamente destinato ai soggetti che in gara rivestono la qualifica di concorrenti. Tuttavia, un *unicum* difforme sostanzialmente isolato nel panorama giurisprudenziale (**Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4929**), fondato peraltro su motivazioni che non persuadono del tutto, aveva già più volte indotto i Giudici nazionali a richiedere un intervento chiarificatore da parte della Corte di Giustizia sulla questione (**Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4982; Id., 17 febbraio 2016, n. 636; Id., 4 giugno 2015, n. 2737**).

### L'avvalimento in favore di più imprese e il divieto di partecipazione contemporanea

La procedura di infrazione n. 2018/2273 ha poi giudicato incompatibile rispetto al diritto europeo anche la previsione di cui al comma 7, dell'art. 89, D.Lgs. n. 50/2016 nelle parti in cui non consente che nella medesima gara diversi offerenti si avvalgano del medesimo soggetto ausiliario (c.d. avvalimento frazionato inverso) ovvero che l'operatore economico partecipi sia in veste di offerente che di impresa ausiliaria.

## Itinerari della giurisprudenza

Una eccezione alla regola del prestito dei requisiti in favore di più operatori economici è prevista nello Schema di Regolamento unico di esecuzione del Codice. Viene prevista, infatti, la possibilità per l'ausiliaria di impegnarsi nei confronti di una pluralità di concorrenti, in ragione della natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato. Secondo la giurisprudenza interna i divieti in questione hanno la funzione di assicurare la lealtà del confronto concorrenziale ed impedire che della stessa capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria si avvalgano più partecipanti alla medesima gara, oltre che di prevenire che anche le offerte possano essere alterate (**Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2183**). Tuttavia, ad avviso della Commissione europea siffatte previsioni violano il principio di proporzionalità, in quanto il loro carattere incondizionato non consentirebbe alla stazione appaltante una valutazione della specifica fattispecie concreta.

Nonostante tutti i rilievi appena ricordati, il nostro Legislatore continua a mostrare resistenze e, infatti, anche in occasione dell'ultima revisione del Codice dei contratti pubblici, vale a dire il decreto "Sblocca cantieri" con la sua Legge di conversione n. 55/2019, nessuna delle disposizioni sull'avvalimento è stata modificata e uniformata alle previsioni comunitarie: il raggiungimento dell'obiettivo di una maggiore liberalizzazione dell'istituto dell'avvalimento non sembra prossimo.

LIBRI

COLLANA: COMMENTARI IPSOA

### CODICE COMMENTATO DEL LAVORO

a cura di Riccardo Del Punta e Franco Scarpelli



Il codice fornisce il commento delle discipline del lavoro, riunendo l'insieme delle fonti dei rapporti individuali e collettivi in tutte le sue forme (subordinato e autonomo, privato e pubblico ecc.) e nei vari aspetti regolativi (comprese le discipline del mercato del lavoro, degli ammortizzatori sociali, della salute e sicurezza, della vigilanza).

Raccoglie le **norme rilevanti** contenute nelle carte fondamentali, anche europee, gli articoli del Codice civile e le leggi emanate in quasi un secolo di sviluppo della legislazione lavoristica.

Il codice è **aggiornato** con:

- le ultime novità normative introdotte dal «Decreto dignità» (lavoro a termine, somministrazione, delocalizzazioni ecc.)
- la più **recente giurisprudenza** su licenziamenti (sentenza Corte cost. 194/2018, giustificato motivo ogget-

tivo, ecc.), appalti, lavoro pubblico e tante altre materie.

Il taglio dei commenti mira a fare il punto sul diritto del lavoro vigente, con un focus particolare sui nodi problematici che si presentano agli operatori, illustrando in maniera chiara i termini delle questioni.

Wolters Kluwer Italia 2020, pagg. 3500

Prezzo: € 170,00

Codice: 237406

ISBN: 978-88-217-7022-7

**Per informazioni e acquisti**

• **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.824761 - fax 02.82476403)

• **Agenzie Ipsoa di zona**  
[www.shop.wki.it/agenzie](http://www.shop.wki.it/agenzie)

• **[www.shopwki.it](http://www.shopwki.it)**